

Mede-eigendom van varkens én karbonades

*H.H. Lammers**

1. INLEIDING

Deze bijdrage is geschreven naar aanleiding van de discussie over het zogenoemde verticale verlengde eigendomsvoorbehoud.¹ Na een kort overzicht van de standpunten ten aanzien van deze vorm van eigendomsvoorbehoud, zal ik een alternatief aandragen, namelijk een mede-eigendomsconstructie. Dat alternatief beoogt de leverancier een zakelijk recht te verschaffen op de door zaaksvorming ontstane zaak. Aan natrekking en vermenging besteed ik in deze bijdrage geen aandacht.

2. HET EIGENDOMSVOORBEHOUD

Het voorbehouden van eigendom betekent dat de verkoper een zaak onder de opschortende voorwaarde van betaling overdraagt (art. 3:92 lid 1), met als gevolg dat de verkoper eigenaar blijft onder die (ontbindende) voorwaarde, en dat de koper eigenaar wordt onder die (opschortende) voorwaarde.² Iemand die de term verlengd eigendomsvoorbehoud gebruikt kan daarmee doelen op de horizontale of verticale verlenging van het eigendomsvoorbehoud. Horizontale verlenging is mogelijk binnen de grenzen van art. 3:92 en heeft eenvoudig gezegd tot gevolg dat het eigendomsvoorbehoud ook kan

* Mw. mr. H.H. Lammers is als universitair docent verbonden aan de Afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden.

1. G.E. van Maanen, Varkens met verlengd eigendomsvoorbehoud, WPNR 6309 (1998), p. 237-238, H.A.G. Fikkers, Varkens zonder verlengd eigendomsvoorbehoud, Reactie, WPNR 6321 (1998), p. 465-467, A.R.Ph. Boddaert, Varkens met verlengd eigendomsvoorbehoud, Reactie, WPNR 6321 (1998), p. 467, G.E. van Maanen, Varkens met verlengd eigendomsvoorbehoud II, Naschrift, WPNR 6321 (1998), p. 468-469, S.C.J.J. Kortmann, Gesplitste zaken en eigendomsvoorbehoud, TvI 1998/7, p. 139-141.
2. Mon. Nieuw BW B-6c (Reehuis), nr. 6.

worden ingeroepen als betaling uitblijft van bepaalde andere vorderingen dan de vordering tot voldoening van de tegenprestatie voor de desbetreffende zaak. Met verticale verlenging wordt bedoeld de verlenging van het eigendomsvoorbehoud tot een andere zaak, namelijk die zaak waarin de ter beschikking gestelde zaak is opgegaan. Deze verlenging is omstreden.

3. VERTICALE VERLENGING

De onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken worden veelal bewerkt of verwerkt. De voorbeelden zijn bekend: uit stof wordt kleding vervaardigd, of het varken wordt verwerkt tot voor consumptie geschikt vlees. In die gevallen gaat de oorspronkelijke zaak teniet doordat deze is opgegaan in de gefabriceerde zaak, is vermengd met een andere zaak, of is nageetrokken door een andere zaak. De eigendom van de oorspronkelijke zaak gaat dan verloren (er is geen eigendomsobject meer), tengevolge waarvan ook het eigendomsvoorbehoud op die zaak vervalt. De vraag wie eigenaar van de nieuwe zaak wordt is de kern van het probleem. Dat origineire eigendomsverkrijging plaatsvindt is duidelijk; er vindt natrekking,³ vermenging⁴ of zaaksvorming plaats.⁵ De eigenaar van de nieuwe zaak is bij natrekking en vermenging de eigenaar van de hoofdzak, of als er geen hoofdzak valt aan te wijzen, zijn dat de eigenaren van de oude zaken in mede-eigendom (art. 5:14 en 15). Bij zaaksvorming is dat in beginsel de eigenaar van de verwerkte zaak (art. 5:16 lid 1). Volgens de uitzondering op die regel zal dat echter veelal de bewerker of verwerker zijn, omdat deze is aan te merken als iemand die voor zichzelf de nieuwe zaak vormt (art. 5:16 lid 2).⁶ Slechts indien de bewerker of verwerker in opdracht van de leverancier handelt, kan de leverancier als eigenaar worden aangemerkt. Dat in dat geval sprake moet zijn van werkelijke opdracht spreekt voor zich, en volgt bovendien uit de parlementaire geschiedenis⁷ en het arrest Breda/Antonius.⁸

3. Met uitzondering van de situatie waarin scheepstoebehoren worden geleverd (art. 8:1 lid 5), zie: H.A.G. Fikkers, Natrekking, vermenging en zaaksvorming, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, p. 23 t/m 29, en 32.

4. Fikkers, a.w., p. 53 en 54.

5. Fikkers, a.w., p. 76 en 77.

6. TM, PG Boek 5, p. 109, en NvW, PG Boek 5, p. 111.

7. MvA I Inv., PG Inv., p. 1023.

8. HR 5 oktober 1990, NJ 1992, 226 (WMK).

Het recht beschermt geen schijnsituaties. In voorkomende gevallen zal uit de rechtsverhouding moeten worden opgemaakt of sprake is van opdracht, waarbij overeenkomstig de criteria uit Breda/Antonius vooral zal moeten worden bekeken of de leverancier een beslissende invloed op het productieproces heeft, en of hij het risico daarvan draagt.⁹ Overigens zal, indien sprake is van originele eigendomsverwerving door de leverancier, ook afgesproken moeten worden dat de eigendom van de nieuwe zaken door betaling van rechtswege overgaat op de bewerker.¹⁰ Ook de originele eigendomsverwerving heeft derhalve een zekerheidselement. Dit kan de gedachte oproepen dat er strijd is met het fiduciaverbod van art. 3:84 lid 3. Dit echter ten onrechte, omdat de leverancier als originele verkrijger de eigendom niet door overdracht heeft verkregen.¹¹ Mocht toch (bij wijze van analogie) art. 3:84 lid 3 roet in het eten gooien, dan kan dit met een beroep op de parlementaire geschiedenis¹² en het Sogelease-arrest¹³ worden gepareerd.¹⁴ De leverancier zal in het geval waarin hij als zaaksvormer origineel heeft verkregen, en er derhalve sprake is van werkelijke opdrachtfabricage, de eigendom immers ook willen verwerven. Bovendien kan en zal hij in dat geval de nieuwe zaken (ten eigen bate) verhandelen.

Vaststaat dat verticale verlenging van het eigendomsvoorbehoud, in die zin dat afgesproken wordt dat het eigendomsvoorbehoud zich tevens uitstrekt over nieuwe zaken, niet mogelijk is. De leverancier kan slechts eigenaar van de nieuwe zaken worden door overdracht¹⁵ of op een van de wijzen als bedoeld in de artt. 5:14, 15 en 16. De huidige discussie over het verticaal verlengde eigendomsvoorbehoud gaat mijns inziens niet over de eigendomsvraag, maar over de vraag of (originele) eigendomsverwerving door de leverancier kan worden bestempeld als een verlengd eigendomsvoorbehoud.¹⁶ Van Maanen vindt het niet bezwaarlijk om te spreken van verlengd eigendomsvoorbehoud (voornamelijk met een beroep op de gedachte dat de

9. Zie over deze materie uitgebreid: Fikkers, a.w., p. 73 t/m 79.

10. Vergelijk: Kortmann, a.w., p. 140 en 141.

11. Kortmann, a.w., p. 140.

12. MvA I Inv., PG Inv., p. 1023.

13. HR 19 mei 1995, NJ 1996, 119 (WMK).

14. Kortmann, a.w., p. 140.

15. Die hoogstwaarschijnlijk in strijd zal zijn met art. 3:84 lid 3.

16. Vergelijk: Van Maanen, WPNR 6321 (1998), p. 468.

nieuwe zaken ook tot zekerheid van betaling dienen), maar Fikkers¹⁷ (vanwege het dwingendrechtelijke systeem van origineire eigendomsverkrijging) en Kortmann¹⁸ (vanwege het feit dat het eigendomsvoorbehoud teniet is gegaan) wel. Ik vind het gevaarlijk om van verticaal verlengd eigendomsvoorbehoud te spreken omdat daarmee de suggestie kan worden gewekt dat het opnemen van een dergelijk eigendomsvoorbehoud in de overeenkomst of in de algemene voorwaarden voldoende is om de leverancier een zakelijk recht op de nieuwe zaken te verschaffen. En die suggestie mag, gezien het gesloten stelsel van eigendomsverkrijging, niet worden gewekt.

4. DE POSITIE VAN DE LEVERANCIER

In de meeste gevallen zal niet de leverancier eigenaar van de nieuwe zaken worden, maar de zaaksvormer. Zoals reeds gesteld, vervalt dan het eigendomsvoorbehoud, en heeft de leverancier geen zekerheid meer voor de betaling van zijn vordering. Eventueel kan (bij voorbaat) een stil pandrecht op de nieuwe zaken worden gevestigd. Afgezien van alle rompslomp, is zo'n recht echter illusoir als het er op aankomt, namelijk als de leverancier moet gaan wedijveren met andere schuldeisers, bijvoorbeeld in geval van faillissement van de koper. De kredietverstrekker van de koper zal immers de zaken (als toekomstige zaken) reeds eerder (bij voorbaat) aan zich hebben laten verpanden, en zal er derhalve in veel gevallen als oudere gerechtigde met de buit vandoor gaan. De positie van de onbetaalde leverancier wiens zaken reeds zijn be- of verwerkt, is derhalve niet rooskleurig. Zijn zakelijk recht is verdwenen en in een eventueel faillissement van de verwerker is zijn vordering concurrent. Dit terwijl anderen, de bewerker en de bank als pandhouder, in een betere positie zijn gekomen. De bewerker is eigenaar van de nieuwe zaken geworden, terwijl hij de verwerkte zaken onbetaald heeft gelaten, en de pandhouder ziet zijn zekerheid uitgebreid. Een rechtvaardiging daarvoor is moeilijk te vinden. Wat rechtvaardigt bijvoorbeeld dat de bank beter af is dan de leverancier? Dat de bank de bedrijfsvoering financiert? De leverancier draagt naar mijn mening evengoed bij aan die bedrijfsvoering. En wellicht sterker nog: zonder de leverancier kan het fabricageproces niet draaien, en kan de bewerker dientengevolge in het geheel niet aan zijn verplicht-

17. Fikkers, WPNR 6321 (1998), p. 466.

18. Kortmann, a.w., p. 140.

tingen jegens de bank voldoen.¹⁹ Voor verbetering van de positie van de leverancier valt derhalve wel iets te zeggen. Overdracht, loonfabricage en pandrecht zijn reeds aan de orde geweest, maar de eerste twee constructies zijn in veel gevallen niet mogelijk, en pandrecht biedt te weinig. Wat mij als alternatief voor ogen staat is een mede-eigendomsconstructie, waarbij de leverancier een zakelijk recht op de nieuwe zaken behoudt.²⁰

5. MEDE-EIGENDOM

Bij mede-eigendom is sprake van een gemeenschap in de zin van art. 3:166. Een gemeenschap is volgens lid 1 van dat artikel aanwezig wanneer een goed aan twee of meer deelgenoten gezamenlijk toebehoort. De deelgenoten kunnen natuurlijke personen, maar ook rechtspersonen zijn. Er moet wel rekening mee worden gehouden dat in bepaalde gevallen sprake kan zijn van een maatschap of een vennootschap, waarop andere regels dan die van boek 3 BW van toepassing zijn.

Indien het betrokken goed een zaak is, mag worden gesproken van mede-eigendom, en kunnen de deelgenoten als mede-eigenaren worden aangeduid. Om van mede-eigendom te kunnen spreken is derhalve nodig dat een zaak aan meerdere personen toebehoort. Dat kan bijvoorbeeld het geval zijn als de zaak aan die personen gezamenlijk wordt geleverd, of als de eigenaar aandelen in de zaak aan anderen levert.

Als mede-eigendom van een zaak is ontstaan, is op de verhouding tussen de deelgenoten de eerste afdeling van titel 3.7. BW van toepassing. De deelgenoten kunnen krachtens zogenoemde beheersregelingen van bepaalde regels afwijken.

Een gemeenschap eindigt door verdeling ervan. De verdeling kan geschieden in onderling overleg, of door rechterlijke tussenkomst. Degene die krachtens de verdeling de zaak toegedeeld en geleverd heeft gekregen wordt daarvan eigenaar.

19. Zie ook: R. Zwitter, *Accessie hier en in het buitenland*, WPNR 6210 (1996), p. 91: de leveranciers zijn vaak net zo zwak als de afnemers, hetgeen in Duitsland de reden is om contractueel afwijken van de zaaksvormingsregel toe te staan.

20. Vergelijk: Zwitter, a.w., p. 89 t/m 91, die voorstander is van het op grotere schaal toekennen van mede-eigendom, en betoogt dat mede-eigendom door de wetgever op zichzelf niet wordt gezien als een ernstige belemmering voor executie of als een te ernstige bedreiging voor crediteuren te goeder trouw.

6. DE MEDE-EIGENDOMSCONSTRUCTIE

De constructie bestaat uit twee fasen. In de eerste fase zijn de leverancier en de koper mede-eigenaar van de oorspronkelijke zaak. In de tweede fase zijn zij mede-eigenaar van de nieuwe, gevormde, zaak.²¹ Bij de behandeling van de constructie ga ik uit van de volgende casus. Uit stof wordt kleding gemaakt, zonder dat sprake is van loonfabricage. De leverancier is (voordat de constructie wordt toegepast) eigenaar van de stof, en wordt met L aangeduid. De koper verwerkt de stof tot kleding, zonder dat hij daarbij stof van andere leveranciers gebruikt, en wordt aangeduid als V.

6.1 Eerste fase

In deze fase verkoopt en levert L (krachtens (koop)overeenkomst) een aandeel in de stof aan V.²² Alsdan ontstaat tussen L en V een gemeenschap (art. 3:166 lid 1), waarin zij als mede-eigenaren voor een gelijk deel²³ gerechtigd zijn (art. 3:166 lid 2). Om te voorkomen dat tussen L en V een maatschap ontstaat moet mijns inziens het doel van de gemeenschap worden omschreven als het instandhouden van zeker-

21. Vergelijk het Duitse recht waarin het verlängerte Eigentumsvorbehalt er ook toe kan leiden dat de leverancier mede-eigenaar wordt van de nieuwe zaak voor de waarde van het geleverde (§ 947 BGB). Zie: Baur/Stürmer, Lehrbuch des Sachenrechts, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1999, § 53 B III 22. Als de waarde van de bewerking (de door de bewerking ontstane waardeverhoging van de zaak) aanzienlijk geringer is dan de waarde van de gebruikte zaak dan kan § 947 BGB mede-eigendom bewerkstelligen (er is dan geen sprake van zaaksvorming in de zin van § 950 BGB), zie: Erman, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Aschen-dorffsche Verlagsbuchhandlung GmbH Co, Münster 1993, Grunewald, § 455 Rdz. 44, en Hefermehl, § 950 Rdz. 9, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1997, Quack: § 950 Rdnr. 32. Daarnaast kunnen partijen bij het overeenkomen van het verlängerte Eigentumsvorbehalt afspreken dat de leverancier de mede-eigendom van de nieuwe zaken zal verkrijgen: Erman/ Hefermehl, § 950 Rdz. 6, Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Verlag C.H. Beck, München 1999, Bassenge, § 950 Rn. 11, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sellier - de Gruyter - Berlin 1995, Heinrich Honsell, § 455, Rn. 64bb.
22. M.i. kan L zich daarbij niet (overeenkomstig art. 3:96 juncto 3:92) de mede-eigendom van een aandeel *voorbehouden* onder de opschortende voorwaarde van verdeling (= betaling), omdat de verdeling niet ziet op toedelen van *het aandeel* in het goed, maar op toedelen van *het goed zelf* (zie de tekst van art. 3:182).
23. Dat is de hoofdregel; overeengekomen kan worden dat de deelgenoten voor een ander deel gerechtigd zijn.

heid voor betaling van de door L aan V ter beschikking gestelde zaken, die V naar eigen inzicht en tot eigen voordeel mag gebruiken, met inachtneming van hetgeen tussen L en V is overeengekomen. Dit doel is bereikt door het in vervulling gaan van een van de hierna te bespreken voorwaarden (betaling of niet-betaling).

6.1.1 De overeenkomst

De overeenkomst tussen L en V heeft twee aspecten, te weten een verkoopaspect en een gemeenschapsaspect. Het verkoopaspect zit in het verkopen en leveren van het aandeel in de stof aan V. Op deze overdracht zijn de art. 3:83 e.v. van toepassing,²⁴ waarbij de levering van het aandeel geschiedt op dezelfde wijze als de levering van de stof zelf.²⁵ Deze constructie is mijns inziens niet in strijd met het fiducia-verbod. De titel (koop) heeft weliswaar een zekerheidselement, echter niet ten aanzien van het aan de koper geleverde aandeel, maar ten aanzien van het aandeel bij de verkoper. De verkoper behoudt immers, tot zekerheid van betaling, een aandeel in de stof. Van het aandeel dat aan V is geleverd is het de bedoeling dat V daarvan eigenaar wordt en dat het in zijn vermogen valt.²⁶ Contractueel moet bovendien worden vastgelegd dat V naar eigen inzicht met de stof mag handelen.²⁷ Het is immers ook de bedoeling dat V uiteindelijk eigenaar wordt van de stof.

Het gemeenschapsaspect zit in de situatie na overdracht van het aandeel. In de overeenkomst moet de (inhoud van de) rechtsverhouding tussen L en V worden geregeld, alsmede het einde van die rechtsverhouding.²⁸ Het einde moet worden gerelateerd aan (niet-) betaling door V. Omdat het de bedoeling is dat de transactie op normale wijze, dat wil zeggen door betaling door V, wordt afgewikkeld, besteed ik eerst aandacht aan de regeling voor betaling. Daarna zal ik de regeling behandelen voor niet-betaling.

24. Zie onder anderen: MvA II, PG Boek 3, p. 600, Asser-Mijnssen-De Haan 3-I, nr. 526 en 527.

25. Art. 3:96.

26. Het is ook vatbaar voor executie door schuldeisers: zie onder: 6.1.5. H (Uitwinning).

27. Zie onder: 6.1.5. B (Beheer).

28. Dat is het einde van de gemeenschap.

6.1.2 *Betaling*

Omdat V door betaling de eigendom van de stof moet verkrijgen, zal vastgelegd moeten worden dat betaling verdeling van de gemeenschap bewerkstelligt (art. 3:182).²⁹ Immers, door verdeling en levering (art. 3:186) eindigt de gemeenschap, en kan V de eigendom van de stof verkrijgen. Concreet moeten L en V derhalve afspreken dat betaling van het verschuldigde bedrag door V een verdeling oplevert, in die zin dat tegen die betaling de stof aan V wordt toegedeeld. Deze afspraak is een (onder een opschortende voorwaarde verrichte³⁰) rechtshandeling die nodig is om van verdeling te kunnen spreken,³¹ en bewerkstelligt mijns inziens de verdeling van rechtswege.³² V verkrijgt vervolgens door levering de eigendom van de stof.³³ Om het risico van inmiddels ontstane beschikkingsonbevoegdheid van L te vermijden, kan ook de levering reeds geschieden, en wel onder de opschortende voorwaarde van verdeling. Dan verkrijgt V van rechtswege de eigendom van de stof en deert bijvoorbeeld het faillissement van L hem niet.³⁴ De leveringshandelingen ten aanzien van de stof is immers al verricht; de stof bevindt zich in de macht van V. In feite is V naast mede-gerechtigde tot een aandeel in de stof, eigenaar van de stof onder opschortende voorwaarde van verdeling. Een andere mogelijkheid is L (bij voorbaat) een onherroepelijke volmacht aan V te laten

29. Dit is mogelijk, net zoals bijvoorbeeld een vennootschappelijk verblijvensbeding als een verdeling kan worden gekwalificeerd. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 13 bij art. 3:186, en aant. 16 bij art. 3:182.

30. Art. 3:38.

31. De handeling valt niet onder de eerste uitzondering van de tweede zin van art. 3:182: het verschuldigde bedrag is niet een voor rekening van de gemeenschap komende schuld, omdat dit bedrag niet verschuldigd is aan de gemeenschap (L en V tezamen), maar slechts aan L in zijn hoedanigheid van verkoper, en niet in die van deelgenoot. Zou de handeling toch onder die eerste uitzondering vallen, dan heft de tweede uitzondering van de tweede zin van art. 3:182 haar weer op, omdat de betaling in feite tegenover de toedeling van de zaak aan V staat. Met andere woorden: deze afspraak is hoe dan ook een verdeling.

32. Dat brengt de constructie van een rechtshandeling (rechtsgevolg) onder opschortende voorwaarde mee.

33. En niet van het aandeel. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 5 bij art. 3:186.

34. Vergelijk: Mon. Nieuw BW B-6c (Reehuis), nr. 6 en 35. Art. 35 lid 2 Fw is mijns inziens niet van toepassing omdat de stof geen toekomstig goed is (L is reeds mede-eigenaar).

verstrekken om de levering te doen geschieden. Dit verdient echter niet de voorkeur omdat een dergelijke volmacht onder meer door het faillissement van L teniet kan gaan.³⁵

6.1.3 Niet-betaling

Als V niet betaalt, kan L de stof niet van V terugvorderen, omdat V mede-eigenaar is. In de overeenkomst moet derhalve een regeling worden getroffen op grond waarvan L bij niet-betaling eigenaar van de stof wordt. Ik denk aan een regeling op grond waarvan de niet-betaling (althans het in verzuim zijn met betaling)³⁶ naast ontbinding van de overeenkomst een verdeling van de gemeenschap oplevert, in die zin dat de stof aan L wordt toegedeeld tegen een overbedelingsvordering voor V ter hoogte van het verschuldigde bedrag, die vervolgens (bij overeenkomst) wordt verrekend met diens schuld aan L (die eventueel minder kan zijn indien V reeds een deel heeft betaald).³⁷ Verrekening wordt mijns inziens niet uitgesloten door de eis van wederkerig schuldenaarschap. De schuld aan L en de vordering op L vallen immers in hetzelfde vermogen. De gemeenschap is geëindigd, en L en V staan (wederkerig) als (gewezen) contractpartijen tegenover elkaar. Mocht verrekening niet mogelijk zijn omdat het wederkerig schuldenaarschap toch ontbreekt, dan moet worden vastgelegd dat V (bij voorbaat) afstand doet van zijn overbedelingsvordering. Voor het geval dat V een gedeelte van het verschuldigde bedrag heeft voldaan, moet worden geregeld dat V voor dat deel geen afstand van zijn overbedelingsvordering hoeft te doen.

L wordt pas door levering eigenaar van de stof. Net als bij de situatie waarin V wel betaalt, kan deze levering reeds geschieden onder de opschortende voorwaarde van (ontbinding en) verdeling tengevolge van niet-betaling. De reeds te verrichten levering zal dan een c.p.-levering moeten zijn. In feite is L naast mede-gerechtigde tot een aandeel in de stof, eigenaar van de stof onder opschortende voorwaarde van verdeling. L verkrijgt op deze manier de stof van

35. Art. 3:72.

36. Uiteraard moet nauwkeurig worden omschreven wanneer er sprake is van niet-betaling om dispuuten over het al dan niet in vervulling zijn gegaan van de voorwaarde te vermijden.

37. Ook indien V failliet is, staat mijns inziens art. 53 Fw niet aan verrekening in de weg; de vordering vloeit voort uit een voor de faillietverklaring verrichte handeling.

rechtswege in eigendom, en heeft derhalve geen last van een eventueel faillissement van V.³⁸

6.1.4 Tussenconclusie

Het bovenstaande overziend, meen ik dat de leverancier met de mede-eigendomsconstructie niet slechter af is dan met een eigendomsvoorbehoud. Het komt in feite op hetzelfde neer: bij betaling verkrijgt de verwerker de eigendom, en bij niet-betaling de leverancier. Door de nodige handelingen onder opschortende voorwaarde te verrichten, waardoor de eigendom van rechtswege wordt verkregen, is er bovendien geen extra rompslomp.

6.1.5 Het gemeenschapsaspect

Tussen L en V ontstaat een gemeenschap waarop tot en met de verdeling de bepalingen van de eerste afdeling van titel 3.7 BW van toepassing zijn. L en V kunnen al naar gelang hun wensen van bepaalde regels afwijken. Ik loop afdeling 3.7.1 globaal door en sta stil bij de van belang zijnde bepalingen. Ik geef tevens aan of afwijking mogelijk of aan te bevelen is.

A. Omvang van de gemeenschap

In de overeenkomst moet worden omschreven wat de gemeenschap omvat c.q. kan omvatten. Om redenen die hierna uitgewerkt zullen worden, moet worden bepaald dat de gemeenschap de oorspronkelijke zaak omvat, alsmede hetgeen daarvoor geacht moet worden in de plaats te treden. Vastgelegd moet worden dat in ieder geval een ontvangen koopprijs en de met de zaak gevormde (nieuwe) zaak of zaken geacht moeten worden voor de oorspronkelijke zaak in de plaats te treden.

B. Beheer

L en V moeten mijns inziens een beheersregeling³⁹ in de overeenkomst opnemen, met als inhoud dat V bevoegd is de stof naar eigen inzicht te gebruiken voor zijn bedrijfsvoering,⁴⁰ en dat V tevens

38. Vergelijk: Mon. Nieuw BW B-6c (Reehuis), nr. 35. Art. 35 lid 2 Fw is mijns inziens niet van toepassing omdat de stof geen toekomstig goed is (V is reeds mede-eigenaar).

39. Art. 3:168.

40. Vergelijk art. 3:169, dat slechts aan de orde komt als er geen regeling is. Zie: TM, PG Boek 3, p. 586.

daarover (op eigen naam) het beheer voert.⁴¹ Beheer ziet in dit verband op de normale exploitatie van de zaak. De normale exploitatie kan meebrengen dat de zaak wordt verkocht; indien L dit niet wenst, moet deze bevoegdheid V contractueel worden ontnomen. Het voeren van beheer maakt V bevoegd om ten aanzien van de zaak bepaalde schulden aan te gaan. Dergelijke schulden moeten normaal gesproken door alle deelgenoten (intern) worden gedragen. Aangezien dat in casu niet de bedoeling is, moet V contractueel worden verplicht die schulden op eigen naam aan te gaan, en moet tevens worden bepaald dat deze schulden slechts voor rekening van V komen.

Als ingrijpen urgent is, kan een aantal beheershandelingen zelfstandig door de deelgenoten worden verricht, en dus ook door L. Van deze regel kan contractueel niet worden afgeweken.⁴² In de onderhavige casus zal dit praktisch niet aan de orde zijn; de leverancier zal geen beheershandeling willen verrichten en van urgentie zal niet snel sprake zijn.

V is als beheersbevoegde deelgenoot bevoegd om te procederen ten behoeve van de stof.⁴³ Ter zake kan echter wat anders overeengekomen worden. Bijvoorbeeld dat L en V slechts tezamen tot procederen tegen derden bevoegd zijn.

C. Beschikking

De hoofdregel voor beschikkingshandelingen⁴⁴ is dat de deelgenoten die gezamenlijk moeten verrichten.⁴⁵ Daarvan kunnen zij contractueel niet afwijken. Indien gewenst, kunnen L en V overeenkomen dat L aan V een onherroepelijke volmacht verleent tot vervreemden en/of bezwaren van de zaak. Daardoor wordt een vergelijkbaar resultaat bereikt als met vervreemdings- of beschikkingsbevoegdheidsclausules die bij het eigendomsvoorbehoud worden overeengekomen. L moet daarbij wel bedenken dat vervreemding er toe leidt dat hij de stof niet in eigendom kan verkrijgen als V niet betaalt. Voor dat geval kan worden overeengekomen dat de prijs die V voor de stof ontvangt

41. Art. 3:170.

42. Art. 3:170 lid 1. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 3 bij art. 3:170.

43. Art. 3:171.

44. Het vervreemden en bezwaren.

45. Art. 3:170 lid 3.

geacht moet worden in de plaats te treden van de zaak⁴⁶, en dat V het geld mede als vertegenwoordiger van L in ontvangst neemt. Om L vervolgens mede-gerechtigd te laten zijn tot het geld zal, in verband met de eis van individualisering, V het geld op een aparte bankrekening moeten ontvangen.⁴⁷

Bevoegde bezwaring van de zaak zal er toe leiden dat L, als hij wegens niet-betaling de eigendom van de stof verkrijgt, die eigendom bezwaard zal verkrijgen. Dit lijkt mij ongewenst, zodat een eventuele volmacht slechts moet zien op vervreemden en niet ook op bezwaren.⁴⁸ Als V onbevoegd over de stof beschikt kan L worden beschermd.

De derde (koper) die een beroep op derdenbescherming wil doen, kan immers worden tegengeworpen dat hij de beschikkingsbevoegdheid van V had moeten onderzoeken. Daarbij kan de goede trouw op eenzelfde wijze worden ingevuld als bij doorlevering van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken geschiedt.⁴⁹ Een pandhouder met een stil pandrecht wordt in het geheel niet tegen beschikkingsonbevoegdheid beschermd.⁵⁰

Deze regeling brengt mee dat de kredietverstrekker van V niet geldig een pandrecht kan verkrijgen op de zaak zolang deze in mede-eigendom is. Pas als V eigenaar van de zaak is geworden na verdeling van de gemeenschap ontstaat een (reeds bij voorbaat gevestigd) pandrecht van de kredietverstrekker. Ik sluit niet uit dat de pandakten aan deze constructie aangepast moeten worden.

D. Lusten en lasten

Van de regel dat de deelgenoten in de vruchten en andere voordelen (bijvoorbeeld een waardestijging)⁵¹ van de zaak delen en tevens moeten bijdragen in de uitgaven, kan worden afgeweken.⁵² Voor wat de lusten betreft is dat alleen al noodzakelijk om de verhouding tussen L en V niet als een maatschap te kunnen kwalificeren. L en V moeten

46. Zie ook: onder A (omvang gemeenschap).

47. Art. 3:167 (zie uitgebreid de behandeling van de tweede fase in paragraaf 6.2.).

48. Vergelijk de vervreemdingsbevoegdheidsclausule bij het eigendomsvoorbehoud.

49. Zie: HR 29 juni 1979, NJ 1980, 133 (WMK) (Hoogovens/Matex), en Mon. Nieuw BW B-6c (Reehuis), nr. 58.

50. Art. 3:238 lid 1. Zie ook: Mon. Nieuw BW B-6c (Reehuis), nr. 60.

51. HR 10 januari 1992, NJ 1992, 651 (EAAL).

52. Art. 3:172.

derhalve bepalen dat slechts V de lusten en lasten van de zaak krijgt dan wel draagt. Als V de lasten van de zaak geheel voor zijn rekening moet nemen, en hij overigens de schulden ten aanzien van de zaak op eigen naam is aangegaan (waartoe de overeenkomst hem moet verplichten)⁵³, wordt bereikt dat de schulden niet voor rekening van de gemeenschap komen.⁵⁴ L heeft dan extern niet als schuldenaar te gelden en intern hoeft hij niet in de schuld bij te dragen.

E. Rekening en verantwoording

Als V de beheersbevoegdheid heeft, kan L vorderen dat V rekening en verantwoording aflegt. De wet stelt dat dit jaarlijks kan, maar een andersluidende afspraak is geldig.⁵⁵ Het ligt voor de hand dat afgesproken wordt dat L slechts bij het einde van de gemeenschap rekening en verantwoording kan vorderen. L is niet verplicht om van deze bevoegdheid gebruik te maken, en ik verwacht dat L in het merendeel van de gevallen geen rekening en verantwoording zal vorderen.

F. Het te gelde maken van de zaak wegens gewichtige redenen

De wet geeft de deelgenoten de bevoegdheid om machtiging te vorderen voor te gelde making of bezwaring van een gemeenschaps-goed ten behoeve van het voldoen van schulden die voor rekening van de gemeenschap komen of om andere gewichtige redenen.⁵⁶ Deze bevoegdheid kan mijns inziens niet worden uitgesloten. Omdat ik er echter vanuit ga dat er geen schulden zijn die voor rekening van de gemeenschap komen,⁵⁷ blijven slechts de gewichtige redenen over op grond waarvan een dergelijk verzoek kan worden gedaan. Mede gezien de aard en het doel van deze gemeenschap, acht ik de kans zeer klein dat een rechter gewichtige redenen voor het toewijzen voor zo'n verzoek aanwezig acht.

G. Beschikken over het aandeel

De deelgenoten zijn in beginsel bevoegd om over hun aandeel in de zaak te beschikken.⁵⁸ Deze bevoegdheid kan aan banden worden

53. Zie: onder B (beheer).

54. Dat is een schuld die intern door alle deelgenoten moet worden gedragen, en die in beginsel alle deelgenoten tot contractspartij heeft.

55. Art. 3:173.

56. Art. 3:174.

57. Zie: onder D (lusten en lasten).

58. Art. 3:175.

gelegd door vast te leggen dat L en V in het geheel niet beschikkingsbevoegd zijn of dat zij elkaars toestemming daarvoor nodig hebben.⁵⁹ Mijns inziens moet de bevoegdheid worden uitgesloten, omdat L er uiteraard niet bij gebaat is dat V zijn aandeel aan een ander overdraagt (die ander is immers niet de overeengekomen koopprijs verschuldigd),⁶⁰ en omdat L en V geen last moeten hebben van een beperkt gerechtigde die zijn medewerking aan de verdeling moet verlenen,⁶¹ of die wellicht verdeling zou kunnen vorderen.⁶² Tegen onbevoegd beschikken kan L worden beschermd. De derde (koper) zal namelijk niet snel een succesvol beroep op derdenbescherming kunnen doen omdat hij immers weet een recht op een aandeel te verkrijgen.⁶³ Een pandhouder met een stil pandrecht wordt in het geheel niet tegen beschikkingsonbevoegdheid beschermd.⁶⁴

Omdat ik mij kan voorstellen dat de kredietverstrekkers zich zullen verzetten tegen de constructie omdat zij het ontstaan van hun pandrechten gefrustreerd zien, kan worden overwogen om V met toestemming van L toch bevoegd te laten zijn om zijn aandeel in de zaak te verpanden. Als V uiteindelijk de zaak in eigendom verkrijgt, blijft het pandrecht in stand en komt het te rusten op de gehele zaak,⁶⁵ maar als L de zaak in eigendom verkrijgt, vervalt het.⁶⁶ De pandhouder moet in beginsel meewerken aan een verdeling die totstandkomt na de vestiging van het beperkte recht.⁶⁷ Omdat kan worden betoogd dat de verdeling reeds eerder totstandgekomen is,⁶⁸ zou medewerking van de pandhouder niet nodig zijn. Mocht dat anders zijn, dan moet hij mijns inziens zijn medewerking reeds bij voorbaat (in de pandakte)

59. Art. 3:175. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 7 bij art. 3:175.

60. De koopprijs is immers niet een bedrag dat V *aan de gemeenschap* schuldig is (art. 3:176); V is dit bedrag schuldig aan L.

61. Art. 3:177 lid 2.

62. Art. 3:178.

63. Art. 3:175. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 14 bij art. 3:175.

64. Art. 3:98 juncto 3:96 juncto 3:238 lid 1.

65. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 5 bij art. 3:177.

66. Art. 3:177.

67. Art. 3:177 lid 2, en zie voor uitzonderingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 14 bij art. 3:177.

68. Zie voor de redenering: onder J (De vorm van de verdeling).

verlenen,⁶⁹ omdat een weigering tot medewerken misbruik van recht zal opleveren.⁷⁰ De bevoegdheid van de pandhouder om verdeling te vorderen en de uitsluiting daarvan komen onder I aan de orde.

H. Uitwinning

Het grootste struikelblok is de bevoegdheid van schuldeisers van L en V (waaronder een eventuele pandhouder op het aandeel) om het aandeel van hun schuldenaar uit te winnen.⁷¹ Als een schuldeiser executeert, betekent dit dat een ander dan L of V gerechtigd wordt tot het aandeel. Stel dat een schuldeiser van V diens aandeel in de stof executeert, dan ontstaat het probleem dat de nieuwe deelgenoot de koopprijs niet aan L verschuldigd is.⁷² Een afspraak tussen L en V dat deze schuld mee over gaat is zinloos omdat de nieuwe deelgenoot niet gebonden is aan de rechtsverhouding tussen L en V.⁷³ Het executeren van een aandeel is echter niet aantrekkelijk, zeker niet een aandeel in een halffabrikaat. Bovendien kan de overblijvende deelgenoot (in het voorbeeld L) zelf een bod op het aandeel uitbrengen, waardoor hij zijn schade enigszins beperkt. Overigens is het risico dat schuldeisers van L zich verhalen op de stof ook aanwezig bij het eigendomsvoorbehoud.

I. Het vorderen van verdeling

De deelgenoten en de beperkt gerechtigden zijn volgens de hoofdregel bevoegd om te allen tijde verdeling te vorderen.⁷⁴ Dit is slechts anders als uit de aard van de gemeenschap iets anders voortvloeit, of als de bevoegdheid bij overeenkomst is uitgesloten. Mijns inziens brengt de aard van de onderhavige gemeenschap – het bereiken van een doel⁷⁵ –

69. L kan deze voorwaarde verbinden aan het verlenen van toestemming voor het vestigen van het pandrecht: zie daarover en voor verwijzingen: *Vermogensrecht* (Lammers), aant. 18 bij art. 3:177.

70. De mogelijkheden voor weigering zijn beperkt; de pandhouder kan medewerking niet weigeren omdat de zaak niet wordt toegedeeld aan degene die het pandrecht op zijn aandeel vestigde. Zie daarover en voor verwijzingen: *Vermogensrecht* (Lammers), aant. 16 bij art. 3:177, en: onder I (Het vorderen van verdeling), ten aanzien van de weigering van een schuldeiser om mee te werken.

71. Vergelijk: Zwitser, a.w., p. 90.

72. Zie: onder G (beschikken over een aandeel), art. 3:175 en daarover en voor verwijzingen: *Vermogensrecht* (Lammers), aant. 7 bij art. 3:175.

73. Art. 3:175 lid 3.

74. Art. 3:178 lid 1.

75. Zie: onder 6.1., en vergelijk: H.C.F. Schoordijk, *Mede-eigendom, gemeenschap*,

mee dat geen verdeling kan worden gevorderd, zolang het doel niet is bereikt. Het verdient echter de voorkeur om – voor de zekerheid – de bevoegdheid om verdeling te vorderen expliciet in de overeenkomst uit te sluiten.⁷⁶ Dat kan voor een periode van ten hoogste vijf jaren, na afloop waarvan overigens een nieuwe overeenkomst kan worden gesloten. Daarmee wordt slechts de bevoegdheid om verdeling te vorderen aan banden gelegd, en dus niet de mogelijkheid dat wordt verdeeld. Deze mogelijkheid moet immers, gezien de afspraken daarover, aanwezig blijven. Het door de deelgenoten uitsluiten van de bevoegdheid om verdeling te vorderen verdient de voorkeur omdat deze afspraak ook in de weg staat aan het door een beperkt gerechtigde of schuldeiser vorderen van verdeling. Voor de beperkt gerechtigde volgt dit uit artikel 3:178 lid 5 juncto 3:168 lid 4.⁷⁷ Voor de schuldeiser ligt dat gecompliceerder. De wet geeft de schuldeiser van een opeisbare vordering weliswaar deze bevoegdheid,⁷⁸ maar betoogd kan worden dat de afspraak tussen de deelgenoten om de bevoegdheid uit te sluiten ook kan worden tegengeworpen aan een schuldeiser wiens vordering na die afspraak is ontstaan.⁷⁹ In de literatuur bestaat op dit punt echter geen eenstemmigheid.⁸⁰

De beperkt gerechtigde of schuldeiser wiens recht of vordering dateert van vóór de afspraak kan in ieder geval verdeling vorderen, tenzij hij zich heeft gebonden aan de afspraak. Het is aan te bevelen de beperkt gerechtigde, waarbij ik dan vooral denk aan de pandhouder,⁸¹ zich bij voorbaat (in de pandakte) aan de afspraak te laten binden, althans hem afstand te laten doen van de bevoegdheid om verdeling te vorderen.⁸² Dat is echter niet, althans lastiger te realiseren voor een schuldeiser.

rechtspersoonlijkheid, Zwolle: Tjeenk Willink 1983, p. 126.

76. Art. 3:178 lid 5.

77. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 24 bij art. 3:178.

78. Art. 3:180.

79. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 25 bij art. 3:178.

80. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 25 bij art. 3:178.

81. Zie: onder G (Beschikken over het aandeel).

82. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 24 bij art. 3:177.

Als een beperkt gerechtigde of een schuldeiser niet aan de afspraak is gebonden, kan hij verdeling vorderen. Omdat het voor de hand ligt dat L en V niet vrijwillig mee zullen willen werken zullen zij een procedure moeten starten. De rechter kan dan, op verzoek van L en V, de bevoegdheid (van de betrokken schuldeiser) voor ten hoogste drie jaren uitsluiten als de belangen die door de verdeling worden getroffen aanmerkelijk groter zijn dan de belangen van de beperkt gerechtigde of schuldeiser bij de verdeling.⁸³ Ik zou me in de onderhavige casus kunnen voorstellen dat een rechter op deze wijze de schuldeiser of beperkt gerechtigde 'tot rust maant'. Mocht in een uitzonderlijk geval de schuldeiser toch een bevel tot verdeling krijgen, dan moet er rekening mee worden gehouden dat de verdeling alsdan zijn medewerking behoeft.⁸⁴ Dat betekent dat hij zal moeten meewerken aan de contractueel reeds vastgelegde verdeling. Mijns inziens heeft de schuldeiser geen redelijk belang om zijn medewerking daaraan te weigeren en kan hem misbruik van recht worden verweten als hij dat wel doet. Bovendien kan, in het geval waarin de rechter de verdeling beveelt, een onzijdig persoon worden benoemd die in plaats van de weigerachtige schuldeiser aan de verdeling zal meewerken.⁸⁵ De kans dat de rechter een verdeling beveelt zal echter niet zo groot zijn, omdat partijen de verdeling in feite reeds zijn overeengekomen.

J. De vorm van de verdeling

Ofschoon de verdeling reeds is verdisconteerd in de overeenkomst, moet worden nagegaan of de wettelijke vormvereisten zijn vervuld.⁸⁶ De hoofdregel is dat de verdeling vormvrij is. Daarvan wordt afgeweken als een van de deelgenoten niet het vrije beheer over zijn goederen heeft. Dan stelt de wet vormvereisten. Mijns inziens moet de geldigheid van de verdeling op vormvereisten worden beoordeeld op het moment waarop zij reeds is overeengekomen. De verdeling is immers van rechtswege een feit als een van de voorwaarden in vervulling is gegaan. Het is niet goed voorstelbaar dat op het moment van het sluiten van de overeenkomst een van de deelgenoten niet het vrije beheer over zijn goederen heeft, bijvoorbeeld door faillissement. In de meeste gevallen zal de opgenomen regeling voor verdeling derhalve

83. Art. 3:180 lid 1 juncto 3:178 lid 3.

84. Art. 3:180 lid 2.

85. Art. 3:181.

86. Art. 3:183.

niet aan vormvereisten hoeven te voldoen. Mocht dit anders zijn omdat het beoordelingsmoment ligt bij het in vervulling gaan van een van de voorwaarden, en een van beide deelgenoten op dat moment failliet is, dan moet de verdeling worden opgenomen in een notariële akte en is goedkeuring van de rechter vereist. De rechter kan van deze eisen echter dispensatie verlenen, bijvoorbeeld in het onderhavige geval waarin sprake is van een eenvoudige gemeenschap met slechts één goed,⁸⁷ waarvan bovendien de deelgenoten reeds overeenstemming over de verdeling hebben bereikt. Als een dispensatieverzoek wordt toegewezen is de in de overeenkomst opgenomen verdeling geldig. Bij faillissement van een van de deelgenoten moet mijns inziens het dispensatieverzoek worden ingediend bij de betrokken rechter-commissaris.⁸⁸ Het ligt het meest voor de hand dat de curator dit doet. Mocht de curator dit weigeren, dan kan mijns inziens de andere partij het verzoek aan de rechter-commissaris doen, of van deze het bevel uitlokken dat de curator het verzoek alsnog indient (art. 69 Fw).⁸⁹

K. Verdeling door de rechter

Omdat de verdeling reeds door de deelgenoten is overeengekomen en uitgewerkt, lijkt mij dat verdeling door de rechter niet aan de orde zal komen.⁹⁰ Mocht dat toch het geval zijn dan kan, als er nog niet is betaald, toedeling van de zaak aan L worden gevorderd zonder dat V een vordering wegens overbedeling krijgt (op grond van de redelijkheid en billijkheid;⁹¹ hij heeft immers niet betaald), of tegen een vordering wegens overbedeling onder gelijktijdige verrekening.⁹² Is er wel betaald, dan kan toedeling van de zaak aan V worden gevorderd zonder dat L een vordering wegens overbedeling krijgt (wederom op grond van de redelijkheid en billijkheid).

87. Zie daarover en voor verwijzingen: Vermogensrecht (Lammers), aant. 12 bij art. 3:183.

88. Zie: Vermogensrecht (Lammers), aant. 8 bij art. 3:183.

89. Dit moet mogelijk zijn omdat de reeds overeengekomen verdeling mijns inziens niet kan worden gefrusteerd door de weigerachtige houding van een van beide partijen.

90. Art. 3:185.

91. Art. 3:166 lid 3.

92. Zie paragraaf 6.1.3.

L. Uitwinning van de zaak/schadevergoeding

Voor het geval de zaak na de verdeling en levering wordt uitgewonnen bij de verkrijger krachtens een oorzaak die vóór de levering is gelegen, kan de verkrijger zijn schade verhalen op de andere (ex-) deelgenoot.⁹³ Bij uitwinning kan worden gedacht aan revindicatie tengevolge waarvan de verkrijger de zaak moet afgeven. Bij de hoogte van de schadevergoeding kan de eigen schuld van de verkrijger een rol spelen, waarbij ik dan bijvoorbeeld denk aan wetenschap omtrent de eerdere vervreemding. Deze regeling kan contractueel worden uitgesloten, hetgeen mijns inziens echter niet noodzakelijk is.

M. Nietigheid/vernietigbaarheid verdeling

Afdeling 3 regelt de nietigheid en vernietigbaarheid van verdelingen.⁹⁴ Gezien de contractuele regeling van en de overeenstemming over de verdeling, lijken deze bepalingen niet relevant. Indien nodig, kunnen zij echter zonder bezwaren worden toegepast.

6.2 Tweede fase

De tweede fase is de fase waarin zaaksvorming heeft plaatsgevonden, en waarin V het verschuldigde bedrag nog niet heeft voldaan. De constructie van mede-eigendom bewerkstelligt mijns inziens dat de leverancier en de verwerker mede-eigenaar zijn van die nieuwe zaak.

Hoe ontstaat de mede-eigendom van de nieuwe zaak? We moeten voor het antwoord op deze vraag eerst naar art. 3:167, een regeling voor zaaksvervanging in de gemeenschap. Dit artikel bepaalt: 'Goederen die geacht moeten worden in de plaats van een gemeenschappelijk goed te treden behoren tot de gemeenschap.'

6.2.1 Zaaksvervanging

Mijns inziens moet de nieuwe zaak geacht worden in de plaats te treden van de verwerkte zaak, de stof. Het ontstaan van de nieuwe zaak is immers niet los te zien van het tenietgaan van de oude zaak. Zonder de oude zaak, zou er geen nieuwe zaak zijn ontstaan.⁹⁵ Bo-

93. Art. 3:188.

94. Art. 3:195 t/m 200.

95. Vergelijk: A. Hammerstein, Eigenlijke en oneigenlijke zaaksvervanging, diss. Nijmegen, Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 129.

vendien moet de vraag naar indeplaats treding onder meer worden beantwoord aan de hand van hetgeen is bepaald bij het ontstaan van de gemeenschap en aan de hand van de aard van de gemeenschap.⁹⁶ In de onderhavige situatie zal in de overeenkomst vastgelegd moeten worden dat de nieuw gevormde zaken in de plaats zullen treden van de oude zaak, de stof, en dat de gemeenschap behalve de stof ook de daaruit of daarmee gevormde zaken kan omvatten.⁹⁷ Dan staat mijns inziens vast dat de nieuwe zaken in de plaats treden van de stof. De wet stelt dan dat deze zaken tot de gemeenschap behoren. De heersende leer is dat dit niet betekent dat de zaken van rechtswege aan de deelgenoten in mede-eigendom gaan behoren. Art. 3:167 doorkruist niet de goederenrechtelijke regels van verkrijging.⁹⁸ Wordt een zaak slechts door een van de deelgenoten verkregen, dan valt het in zijn vermogen, en niet in de gemeenschap. Zou de zaak in dat geval wel in de gemeenschap vallen, dan zou een niet geregelde wijze van eigendomsverkrijging ontstaan. Artikel 3:167 bewerkstelligt 'slechts' dat de zaak, als deze door de deelgenoten gezamenlijk is verkregen, in de bestaande gemeenschap valt. De ratio van het artikel is dat voorkomen moet worden dat de zaak in een privé-vermogen valt, of dat er ten aanzien van de zaak een nieuwe gemeenschap ontstaat. Het is immers de bedoeling om een gemeenschap ten behoeve van de deelgenoten (en de schuldeisers) zoveel mogelijk in stand te laten.

6.2.2 De verkrijging van de nieuwe zaak

Hoe zit dat in de casus? Door wie wordt de nieuwe zaak verkregen? Ervan uitgaande dat zaaksvorming plaatsvindt, moet aan de hand van art. 5:16 worden bepaald wie eigenaar van de nieuwe zaak is geworden. Omdat V de nieuwe zaak vormt met een zaak waarvan hij reeds (mede-)eigenaar is, is mijns inziens lid 1 van toepassing.⁹⁹ Op grond daarvan wordt de eigendom van de nieuwe zaak verkregen door de

96. EV I, PG Boek 3, p. 495. De wetgever heeft de praktijk de nodige ruimte gegeven om te bepalen wanneer een goed voor een ander goed in de plaats treedt.

97. Zie: 6.1.5, onder A (omvang gemeenschap).

98. Hammerstein, diss., p. 127 t/m 129, S. Perrick, Gemeenschap, schuldeisers en verdeling, diss. Nijmegen, Zwolle: Tjeenk Willink 1986, nr. 48, Schoordijk, a.w., p. 15 t/m 17, J.F.M. Janssen, Het goederenrecht van in het bijzonder de openbare personenvennootschap in het perspectief van het komend recht, diss. Leiden, Leiden 1989, p. 117.

99. In navolging van: Fikkers, a.w., p. 71 t/m 72, en Zakelijke rechten (Groefsema), aant. 2 bij art. 5:16.

eigenaar van de oorspronkelijke zaak. Omdat de oorspronkelijke zaak mede-eigendom van L en V was, kan de nieuwe zaak mijns inziens niet anders dan mede-eigendom van L en V worden. Art. 3:167 bewerkstelligt dan dat de zaak in de gemeenschap tussen L en V valt.

Lid 2 van art. 5:16 komt niet aan de orde, omdat V niet vormt met materiaal van een ander, althans niet met materiaal dat hem niet toebehoort. Er is weliswaar sprake van mede-eigendom, maar daardoor vormt V niet tevens met een zaak van een ander. De zaak op zich is immers niet deelbaar; V vormt niet (tevens) met het aandeel van L in de zaak, maar met de zaak op zich, en slechts met die zaak. Zou lid 2 toch van toepassing zijn, dan geldt mijns inziens dat V als deelgenoot voor zichzelf én voor de mede-eigenaar van de stof vormt. Ook in dat geval worden L en V derhalve mede-eigenaar van de nieuwe zaak en bewerkstelligt art. 3:167 dat de zaak in de gemeenschap tussen L en V valt. Het is aan te bevelen om deze invulling van lid 2 contractueel vast te leggen. Ik meen dat dit niet strijdt met de strekking van lid 2 omdat niet een ander dan de zaaksvormer eigenaar wordt. Het principe dat zaaksvorming leidt tot eigendomsverkrijging bij de vormer blijft immers in stand.

Het feit dat L mede-eigenaar wordt door origineire verkrijging is mijns inziens een door de wet geregelde vorm van eigendomsverkrijging. De mede-eigendomsverkrijging is immers gegrond op het systeem van art. 5:16 en op de gemeenschapsconstructie, die wordt beveiligd door art. 3:167. Omdat sprake is van origineire mede-eigendomsverkrijging door L, en niet van een overdracht aan L, treedt mijns inziens bovendien geen strijd op met het fiduciaverbod.

6.2.3. De situatie na zaaksvorming

De nieuw gevormde zaak wordt van rechtswege mede-eigendom van L en V en valt in de bestaande gemeenschap. De vraag die vervolgens rijst is of L en V voor gelijke aandelen in de gemeenschap zijn gerechtigd. Volgens de hoofdregel is dat het geval (art. 3:166 lid 2), maar daar kan van worden afgeweken. Afwijken lijkt in casu rechtvaardig (L heeft slechts recht op een aandeel dat overeenkomt met het aandeel in de oude, verwerkte zaak), maar is mijns inziens niet aan te bevelen, vanwege het risico dat het aandeel van V, dat dan per definitie groter is, aantrekkelijker is voor executie door een schuldeiser van V.

Ten aanzien van de nieuwe zaak hoeven L en V geen nieuwe of andere regeling te treffen voor de onderwerpen die in paragraaf 6.1.5 aan de orde zijn geweest. De gemeenschap wordt immers voortgezet ten aanzien van een andere zaak, met als gevolg dat de regeling die gold ten aanzien van de stof in stand blijft, althans nu gaat gelden voor de nieuwe zaak. L en V moeten (in de overeenkomst) wel een nieuwe regeling treffen voor (niet-)betaling door V van het (nog steeds) verschuldigde bedrag. Voor de regeling voor de betaling kan worden volstaan met eenzelfde regeling als voor de betaling in de eerste fase. Door betaling verkrijgt V van rechtswege de nieuwe zaak in eigendom (zie paragraaf 6.1.2). Voor het uitblijven van betaling moet een andere regeling dan in de eerste fase worden getroffen. In de overeenkomst moet worden geregeld dat de niet-betaling (naast ontbinding) een verdeling oplevert, in die zin dat de nieuwe zaak aan L wordt toegedeeld tegen een overbedelingsvordering voor V. Deze overbedelingsvordering behelst de waarde van de nieuwe zaak minus het door V verschuldigde bedrag. Vervolgens moet de nieuwe zaak aan L worden geleverd. De levering kan ook weer geschieden onder de opschortende voorwaarde van verdeling tengevolge van niet-betaling. L verkrijgt op deze manier de nieuwe zaak van rechtswege in eigendom en heeft derhalve geen last van een eventueel na de zaaksvorming ingetreden faillissement van V.¹⁰⁰ L zal V vervolgens een bedrag wegens overbedeling moeten betalen. Op deze wijze is op een gerechtvaardigde wijze aan de belangen van de betrokkenen tegemoet gekomen. L is betaald, en V krijgt in feite betaald voor zijn zaaksvormende arbeid. De leverancier heeft in deze constructie bovendien een goede onderhandelingspositie jegens de curator in een eventueel faillissement van V, die zal moeten afwegen of hij liever de zaak in de boedel heeft, of het door L wegens de overbedeling te betalen bedrag.

Ik wijs er ten slotte op dat een eventueel op de oude zaak of op het aandeel daarin gevestigd pandrecht teniet is gegaan door de zaaksvorming.¹⁰¹ Afhankelijk van de afspraken,¹⁰² kan op de nieuwe zaak of op het aandeel daarin een nieuw (stil) pandrecht worden gevestigd, al dan niet bij voorbaat.

100. Vergelijk: Mon. Nieuw BW B-6c (Reehuis), nr. 35, en paragraaf 6.1.3.

101. Art. 3:7. Het object van het recht is immers niet meer als (zelfstandige) zaak aanwezig. Zie ook: Fikkers, a.w., p. 72.

102. In de overeenkomst tussen L en V, en tussen V en zijn kredietverstrekker.

7. CONCLUSIE

Ik acht het de moeite waard om een mede-eigendomsconstructie te hanteren bij transacties met producten die zijn bestemd voor be- of verwerking.¹⁰³ De gevolgen van niet-betaling en zaaksvorming komen op die manier niet meer geheel voor rekening van de leverancier. Bovendien heeft de leverancier op deze wijze een betere (onderhandelings)positie jegens pandhouders met oudere rechten en/of de curator in een eventueel faillissement van de verwerker. Het gegeven dat een productieproces niet kan draaien zonder de leverancier rechtvaardigt mijns inziens voor deze een verbeterde positie. De overeenkomst kan zo worden geredigeerd dat de wettelijke gemeenschapsbepalingen niet in de weg staan aan de praktische toepasbaarheid van de constructie.¹⁰⁴ Het enige euvel is dat de schuldeisers van partijen, waaronder een pandhouder, het aandeel van hun schuldenaar in de zaak kunnen uitwinnen. Ik meen echter dat de vrees hiervoor niet al te groot moet zijn. Het uitwinnen van een aandeel in een zaak is niet aantrekkelijk, en ik zou bovendien menen dat een dergelijke uitwinning misbruik van recht kan opleveren als de schuldeiser ook zaken waarvan de schuldenaar (alleen-)eigenaar is, kan uitwinnen. Kortom, het lijkt mij de moeite van het proberen waard om het varkentje op deze wijze te wassen.

103. Het ene product zal er, in het licht van de wijze van be- of verwerking en de 'ingewikkeldheid' van de mede-eigendomsconstructie, uiteraard beter voor geschikt zijn dan het andere.

104. Dat de wetgever op zich niet negatief staat tegenover mede-eigendom als gevolg van natrekking, vermenging en zaaksvorming blijkt uit de artt. 5:14 lid 2, 5:15 juncto 5:14 lid 2, en 5:16 lid 1 juncto 5:14 lid 2. Daarbij teken ik wel aan dat een constructie als de onderhavige de wetgever niet voor ogen heeft gestaan.